

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 223.748 van 5 juni 2013
in de zaak A. 208.762/XII-7351**

In zake: de NV ACLAGRO
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Carlos De Wolf en Anthony Verheggen
kantoor houdend te 9680 Maarkedal
Etikhovestraat 6
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de OPENBARE VLAAMSE AFVALSTOFFEN-
MAATSCHAPPIJ (OVAM)
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Christophe Lenders en Joris Wouters
kantoor houdend te 2018 Antwerpen
Mechelsesteenweg 27
bij wie woonplaats wordt gekozen

Tussenkommende partij:

de NV SITA REMEDIATION
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Els Desair
kantoor houdend te 2000 Antwerpen
Oudeleeuwenrui 19
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 8 mei 2013, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van de “gunningsbeslissing van [OVAM], waarvan de nv Aclagro kennis kreeg bij aangetekend schrijven d.d. 24 april 2013 [...] om de opdracht voor aanneming van werken ‘Uitvoering bodemsaneringswerken Vilvordit-site, Schaarbeeklei 318, Vilvoorde’,

met als referentienr. SII20703, niet te gunnen aan [de nv Aclagro], doch te gunnen aan Sita Remediation nv”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

Met een verzoekschrift van 21 mei 2013 heeft de nv Sita Remediation gevraagd om in het administratief kort geding te mogen tussenkomen.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 28 mei 2013, om 11.00 uur.

Kamervoorzitter Dierk Verbiest heeft verslag uitgebracht.

Advocaten Carlos De Wolf en Anthony Verheggen, die verschijnen voor verzoekende partij, advocaat Joris Wouters, die verschijnt voor de verwerende partij, en advocaat Lieselot De Meyere, die loco advocaat Els Desair verschijnt voor de tussenkomende partij, zijn gehoord.

Eerste auditeur Luc Vermeire heeft een met dit arrest eensluidend advies gegeven.

Er is toepassing gemaakt van de bepalingen op het gebruik der talen, vervat in titel VI, hoofdstuk II, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973.

III. Feiten

3.1. Verwerende partij schrijft een openbare aanbesteding uit voor een aanneming van werken, in de aankondiging genoemd en kort beschreven als “Uitvoeren [van] bodemsaneringswerken Vilvordit-site, Schaarbeeklei 318, Vilvoorde”.

De aankondiging van de opdracht wordt op 12 september 2012 bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen.

3.2. Het bijzonder bestek SI120703 is van toepassing. Artikel 1.7.1. “Prijsbepaling” bepaalt onder meer dat het gaat om een gemengde opdracht en “De vermoedelijke hoeveelheden zoals deze vermeld worden in de samenvattende opmetingsstaat kunnen door de inschrijver niet gewijzigd worden”.

3.3. De offertes worden geopend op 19 oktober 2012. Er worden negen offertes ingediend waaronder deze van verzoekende partij en deze van de nv Sita Remediation.

3.4. In een gunningsverslag van 30 november 2012 worden alle inschrijvers geselecteerd en hun offertes administratief regelmatig bevonden. Een rekenkundige controle wordt verricht en het gevoerde prijsonderzoek wordt als volgt beschreven:

“Overeenkomstig artikel 110 van het KB van 8 januari 1996 werden de voorgelegde prijzen gecontroleerd. Eventuele abnormaliteiten werden nagezien op grond van §4 van voormeld artikel.

De prijzen voorgesteld door Sita Remediation nv voor volgende posten:

- 2.2: Transport + verwerking + afzet reststromen van bodem/puin categorie A
- 2.3: Transport + verwerking + afzet reststromen van bodem/puin categorie B
- 2.4: Transport + verwerking + afzet reststromen van bodem/puin categorie C, en hiermee samenhangend de coëfficiënt van post 2.8
- 2.5: Transport + verwerking + afzet reststromen van bodem/puin categorie D

werden gecontroleerd op hun marktconformiteit.

Bij raadpleging van andere inschrijvingen voor gelijkaardige opdrachten (andere bestekken) met betrekking tot dezelfde posten, stelt de OVAM vast dat er eerdere lagere eenheidsprijzen zijn aanvaard als marktconform (geboden door andere aannemers).

Derhalve werden geen abnormale prijzen vastgesteld”.

Vervolgens wordt de volgende rangschikking opgesteld:

“[...]

Inschrijver	Prijs (EUR, incl. btw)
Sita Remediation nv	1.278.169,60
Aclagro nv	1.383.709,29
THV Jan De Nul-Envisan	1.507.358,35
Hye nv	1.640.345,51
THV DEC-Mourik	1.829.241,91
THV Ballast Nedam- Infra EE	1.856.956,75
DC Industrial nv	2.035.379,36
Aannemingsbedrijf Aertssen nv	2.168.081,55
De Bree Solutions	2.476.455,36

[...]”.

Er wordt voorgesteld de opdracht te gunnen aan de nv Sita Remediation als laagste regelmatige inschrijver met een bedrag van 1.056.338,51 euro, btw niet inbegrepen, of 1.278.169,60 euro, btw inbegrepen.

3.5. Met verwijzing naar dit gunningsverslag, beslist OVAM op 18 december 2012 de opdracht te gunnen aan de nv Sita Remediation.

3.6. Met een brief van 7 januari 2013 deelt verwerende partij deze beslissing mee aan verzoekende partij. Met een blijkbaar ook via e-mail verzonden brief van 15 januari 2013 vraagt de raadsman van verzoekende partij onder meer aanvullende informatie over het prijsonderzoek. Verwerende partij antwoordt in een ook via e-mail verzonden brief van 18 januari 2013.

3.7. Met een op 21 januari 2013 ingediend verzoekschrift (zaak A. 207.734/XII-7219), vraagt verzoekende partij de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van deze beslissing om de opdracht niet te gunnen aan verzoekende partij maar wel aan de nv Sita Remediation.

OVAM beslist vervolgens op 6 februari 2013 om deze gunningsbeslissing van 18 december 2012 in te trekken.

Bij arrest nr. 222.572 van 21 februari 2013 stelt de Raad van State dan ook vast dat de voormelde vordering tot schorsing zonder voorwerp is, minstens dat verzoekende partij haar belang bij die vordering heeft verloren.

3.8. Met een blijkbaar aangetekend verzonden brief gedateerd op 22 februari 2013 vraagt verwerende partij “in toepassing van artikel 110 § 4 van het KB van 8 januari 1996” aan de nv Sita Remediation een prijsverantwoording voor het totaalbedrag van haar offerte alsook een prijsverantwoording voor de posten 2.2., 2.3., 2.4., 2.5. en 2.8.

Met een brief van 4 maart 2013 deelt de nv Sita Remediation een omstandige prijsverantwoording mee voor de voormelde posten.

Volgens het gunningsverslag van 18 april 2013 werden de ontvangen verantwoordingen onderzocht en wenste OVAM, “niettegenstaande de genoemde posten werden verantwoord en gestaafd aan de hand van stukken en dat tevens een prijsopbouw werd gegeven en niettegenstaande ontvangen verantwoordingen konden worden aanvaard, [...] bijkomende verduidelijking te bekomen om elke mogelijke twijfel te kunnen uitsluiten”.

Met een brief van 21 maart 2013 vraagt verwerende partij de prijsopbouw van posten 2.4 en 2.8, en van post 2.5 nader te verduidelijken alsook de totaalprijs. Tegelijk vraagt zij om de gestanddoeningstermijn te verlengen met 60 kalenderdagen.

In een brief van 29 maart 2013 geeft de nv Sita Remediation een nadere verduidelijking van deze posten en totaalprijs, en gaat zij akkoord met de gevraagde verlenging van de gestanddoeningstermijn.

3.9. In een gunningsverslag van 18 april 2013 worden opnieuw alle inschrijvers geselecteerd en hun offertes administratief regelmatig bevonden. Een rekenkundige controle wordt verricht en het gevoerde prijsonderzoek beschreven. Na een overzicht van de gevraagde prijsverantwoordingen, wordt de ontvangen prijsverantwoording van de nv Sita Remediation voor voormelde posten en de totaalprijs beoordeeld en aanvaard.

Dit leidt tot dezelfde rangschikking als in het eerste gunningsverslag. Opnieuw wordt voorgesteld de opdracht te gunnen aan de nv Sita Remediation als laagste regelmatige inschrijver met een bedrag van 1.056.338,51 euro, btw niet inbegrepen, of 1.278.169,60 euro, btw inbegrepen.

3.10. Met verwijzing naar dit gunningsverslag beslist OVAM op 22 april 2013 om de opdracht te gunnen aan de nv Sita Remediation.

Dit is de bestreden beslissing die de ook bestreden impliciete beslissing bevat om de opdracht niet te gunnen aan verzoekende partij.

3.11. Met een blijkbaar aangetekend verzonden brief gedateerd op 24 april 2013 deelt verwerende partij aan verzoekende partij mee dat de opdracht werd gegund aan de nv Sita Remediation als laagste regelmatige inschrijver. Een kopie van de “gemotiveerde gunningsbeslissing”, maar in feite blijkbaar alleen het gunningsverslag, wordt bijgevoegd.

Met een brief van 24 april 2013 deelt verwerende partij de gemotiveerde beslissing ook mee aan de nv Sita Remediation met vermelding dat deze brief louter informatief is en geen contractuele verbintenis doet ontstaan.

IV. Tussenkomenst

4. De verzoekende partij tot tussenkomenst blijkt voordeel te halen uit de bestreden beslissing en heeft er belang bij dat de vordering wordt afgewezen. Dienvolgens moet haar verzoek worden ingewilligd.

V. De schorsingsvoorwaarden

5.1. Overeenkomstig artikel 17, §§ 1 en 2, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State kan slechts tot schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid worden besloten onder de drievoudige voorwaarde dat uiterst dringende noodzakelijkheid voorhanden is, dat ernstige middelen worden aangevoerd die de nietigverklaring van de aangevochten

beslissing kunnen verantwoorden en dat de onmiddellijke tenuitvoerlegging van de bestreden beslissing een moeilijk te herstellen ernstig nadeel kan berokkenen.

5.2. Te dezen is evenwel de wet van 23 december 2009 ‘tot invoeging van een nieuw boek betreffende de motivering, de informatie en de rechtsmiddelen in de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten’ van toepassing.

Luidens het door voornoemde wet van 23 december 2009 in de wet van 24 december 1993, nieuw ingevoegde artikel 65/15, eerste lid, is voor de schorsing van de thans bestreden beslissingen het bewijs van een moeilijk te herstellen ernstig nadeel niet vereist.

Anderzijds verplicht artikel 65/15, tweede lid, verzoekende partij tot het instellen van de vordering tot schorsing volgens een procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid.

Overeenkomstig artikel 65/31 gelden deze bepalingen ook voor opdrachten die de drempel voor Europese bekendmaking niet bereiken.

Er dient te dezen dan ook enkel nog te worden onderzocht of ernstige middelen worden aangevoerd die de nietigverklaring van de bestreden beslissing kunnen verantwoorden.

VI. Onderzoek van het enige middel

Standpunt van de partijen

6. Verzoekende partij steunt dit middel op de “schending van artikel 15 van de [w]et van 24 december 1993 [betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten]; schending van artikel 96, §2, van het [k]oninklijk [b]esluit van 8 januari 1996 [betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken]; schending van artikel 110, §2, juncto artikel 89, derde lid, en artikel 110, §3, van het [k]oninklijk [b]esluit van

8 januari 1996 [betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken]; schending van het gelijkheidsbeginsel, zoals vervat in de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, en het principe van de vergelijkbaarheid van de offertes; schending van de beginselen van behoorlijk bestuur, inzonderheid het materieel motiveringsbeginsel en het zorgvuldigheidsbeginsel en het beginsel ‘patere legem quam ipse fecisti’.

Zij vat dit middel, onderverdeeld in drie onderdelen, als volgt samen:

“Eerste onderdeel

Schending van artikel 89, derde lid, van het Koninklijk Besluit van 8 januari 1996, van artikel 96, §2, van het Koninklijk Besluit van 8 januari 1996, artikel 110, §3, van het Koninklijk Besluit van 8 januari 1996; van het gelijkheidsbeginsel en het principe van de vergelijkbaarheid van de offertes; van de beginselen van behoorlijk bestuur, inzonderheid het materieel motiveringsbeginsel, het zorgvuldigheidsbeginsel en het beginsel ‘patere legem quam ipse fecisti’;

Doordat Verwerende Partij in de Bestreden Beslissing heeft aanvaard dat [de nv Sita Remediation] een prijsverantwoording naar voor brengt voor de posten 2.4 en 2.8 samen genomen, terwijl het twee onderscheiden posten van de meetstaat betreffen omvattende, enerzijds, een basisprijs (post 2.4) en, anderzijds, een meerprijs ingeval van bijkomende reiniging (post 2.8);

Terwijl clustering van posten in het kader van een prijsverantwoording slechts is toegelaten voor zover daartoe gerechtvaardigde omstandigheden zijn, quod in casu non;

Doordat [de nv Sita Remediation] in haar prijsverantwoording immers aangeeft dat [zij] er van uit gaat dat zij voor de verwerking van bodem categorie C steeds de basisverwerking onder post 2.4 (basisprijs) zal moeten uitvoeren en de bijkomende reiniging voorzien onder post 2.8 (toeslag of meerprijs), teneinde de aanwezige verhoogde fijne fractie en organisch stofgehalte (> 20%) te reinigen;

Terwijl Verwerende Partij in de meetstaat bepaald heeft dat wat betreft de afgegraven grond categorie C minder dan 1/4 zal behept zijn [met] een fijne fractie + organisch stofgehalte die de bijkomende reiniging van post 2.8 vereist, dit door het vastleggen van de vermoedelijke hoeveelheden, die bovendien, op grond van artikel 1.7.1 van het Bestek door de inschrijvers niet mochten worden gewijzigd;

Doordat bovendien blijkt dat [de nv Sita Remediation] bewust een abnormaal hoge prijs heeft ingegeven voor de post met de laagste vermoedelijke hoeveelheid (post 2.8) en een abnormaal lage prijs heeft ingegeven voor de post met de hoogste vermoedelijke hoeveelheid (post 2.4), en aldus speculatief het totaalbedrag van haar offerte laag heeft gehouden;

Doordat de prijsverantwoording van [de nv Sita Remediation] impliceert dat er in feite en in rechte aanvaardbare gegevens voorhanden zijn die aannemelijk maken dat de nv Sita Remediation] aan haar inschrijving een voorwaarde heeft verbonden inzake de prijszetting bij de uitvoering die in strijd is met de bepalingen van het Bestek en een schending inhoudt van de wetgeving overheidsopdrachten;

Zodat artikel 89, derde lid, artikel 96, §2 juncto artikel 110, §3, van het Koninklijk Besluit van 8 januari 1996 geschonden zijn en bovendien de gelijkheid tussen de inschrijvers en de vergelijkbaarheid tussen de offerte van [de nv Sita Remediation] en de overige inschrijvers niet langer gegarandeerd is”.

[...]

Dit wordt vervolgens zeer omstandig toegelicht.

Inzake het eerste onderdeel benadrukt verzoekende partij in die toelichting in de eerste plaats dat verwerende partij, in de meetstaat, op grond van haar aannames, wat betreft de afgegraven grond categorie C - post 2.4 - vaststelt dat ongeveer *slechts 1/4* zal behept zijn met een fijne fractie + organisch stofgehalte van meer van 20%, waarbij dus toepassing mag worden gemaakt van de meerprijs of toeslag van post 2.8., dat daarentegen de prijsverantwoording van de nv Sita Remediation voor en haar “clustering’ van deze posten er op neerkomt dat zij, op grond van haar ervaring, ervan uitgaat dat voor de afgegraven grond categorie C *alle* grond behept zal zijn met een fijne fractie + organisch stofgehalte van meer van 20%, waarbij dus steeds toepassing mag worden gemaakt van de meerprijs of toeslag van post 2.8 en dat die prijsverantwoording en “clustering” aldus afbreuk doet aan de vermoedelijke hoeveelheden, zoals vastgesteld in de samenvattende meetstaat terwijl artikel 1.7.1 van het bestek bepaalde dat de vermoedelijke hoeveelheden niet mogen worden gewijzigd.

De bestreden beslissing die de prijsverantwoording van de nv Sita Remediation aanvaardt, berust dan ook niet op rechtens aanvaardbare motieven en schendt artikel 110, § 3, van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 alsook het materiële motiveringsbeginsel en het zorgvuldigheidsbeginsel. Aldus wordt, in weerwil van een uitdrukkelijk verbod tot wijziging van de vermoedelijke hoeveelheden, aanvaard dat de nv Sita Remediation bij haar prijsverantwoording deze hoeveelheden toch wijzigt zodat tevens artikel 96, §2, van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 en het beginsel “patere legem quam ipse fecisti” wordt geschonden. Ten slotte vormt de prijsverantwoording van de nv Sita Remediation de veruitwendiging van een voorbehoud met betrekking tot de uitvoering van de opdracht, waarbij zij inzake haar prijszetting op grond van “ervaring” afwijkt van de aannames inzake de te reinigen hoeveelheden bodem/puin, zoals deze door verwerende partij in de meetstaat waren opgenomen.

Voorts betoogt verzoekende partij inzake het eerste onderdeel dat deze prijszetting en prijsverantwoording bovendien de vergelijkbaarheid van de offertes in het gedrang brengt en getuigt van speculatieve inzichten, nu een “relatief hoge prijs” werd opgegeven voor de post met de laagste hoeveelheid (post 2.8) en een abnormaal lage prijs voor de post met de hoogste hoeveelheid (post 2.4). Omdat de nv Sita Remediation aangeeft dat sowieso voor alle verwerking van bodem categorie C zowel basisprijs (post 2.4) als toeslag (post 2.8) zal worden toegepast en enkel een verantwoording kan worden gegeven voor de prijs van beide posten samen, blijkt dan ook dat zij kosten voor de basisverwerking (te voorzien onder post 2.4) ten onrechte heeft overgeheveld naar de kost van de toeslag (post 2.8). Aldus heeft de nv Sita Remediation dan ook:

“fictief (lees: speculatief) haar totaalprijs laag kunnen houden, aangezien haar hoogste prijs werd vermenigvuldigd met de laagste vermoedelijke hoeveelheid. De andere inschrijvers, inclusief verzoekende partij, die wel een individuele opdeling van de eenheidsprijs voor post 2.4 en post 2.8 hebben gedaan met respect voor de opgegeven vermoedelijke hoeveelheden, bekomen daarentegen een hoge(re) totaalprijs. Hun correcte basisprijs wordt immers vermenigvuldigd met de grootste vermoedelijke hoeveelheid”.

Dat enkel speculatieve inzichten aan de handelwijze van de nv Sita Remediation ten grondslag liggen, blijkt volgens verzoekende partij

overigens uit de vaststelling dat zij enkel voor de posten 2.4 en 2.8 samen een prijsverantwoording heeft gedaan, en niet voor de eveneens correlerende posten 2.2 - 2.6 en 2.3 - 2.7: “[v] oor de posten 2.2 en 2.3 werd wel een individuele verantwoording verstrekt. Zonder de speculatieve insteek zouden ook de posten 2.4 en 2.8 perfect afzonderlijk kunnen worden begroot en verantwoord”. De offerte is aldus substantieel onregelmatig en de bestreden beslissing schendt artikel 15 van de wet van 24 december 1993 en artikel 110 juncto artikel 89 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996.

7. Verwerende partij antwoordt op het eerste onderdeel in de eerste plaats dat de posten 2.4 en 2.8 onlosmakelijk met elkaar verbonden zijn nu beide posten betrekking hebben op bodem/puin van categorie C en de toepassing van post 2.8 de “toeslag verhoogde fijne fractie en organisch stofgehalte categorie C” zonder meer het gevolg is van de uitvoering van de werken onder post 2.4 “transport +verwerking + afzet reststromen van bodem/puin categorie C” zodat niet ingezien kan worden wat het bezwaar is tegen het feit dat beide posten samen verantwoord worden. Mocht er al sprake zijn van clustering, dan is dit louter het gevolg van het samenhangend karakter van deze posten zodat verwerende partij te dezen de door de nv Sita Remediation verstrekte verantwoording mocht aanvaarden.

De nv Sita Remediation heeft bij haar prijszetting een eigen inschatting gedaan van de te verwerken grond onder post 2.4 en na studie van het bestek en gelet op ervaring met reeds gedane saneringen in de omgeving en de kennis van de bodem aldaar geoordeeld dat de toeslag van post 2.8. doorgaans zal moeten worden toegepast bij de uitvoering van post 2.4 en kon aldus haar prijs bepalen op grond van de som van posten 2.4. en 2.8. Het feit dat in het bestek een andere vermoedelijke hoeveelheid is bepaald voor de posten 2.4 - 4240 ton - en 2.8 - 1000 ton, doet hieraan geen afbreuk nu het gaat om vermoedelijke hoeveelheden die worden afgerekend op grond van de werkelijk uitgevoerde hoeveelheden.

Voorts staat er, zoals blijkt uit het arrest van de Raad van State, nr. 218.182 van 23 februari 2012, niets aan in de weg dat een inschrijver, na studie van het bestek en gelet op zijn kennis van het terrein ter plaatse, bij zijn

prijsbieding een inschatting doet van de werkelijk uit te voeren hoeveelheden en hiermee rekening houdt bij de prijszetting. De nv Sita Remediation is na studie van de opdrachtdocumenten en de bodem ter plaatse van oordeel dat post 2.8. doorgaans zal worden toegepast voor de uitvoering van post 2.4, deze inschatting is onderbouwd en kan worden aanvaard, en behoort tot het risico van de nv Sita Remediation. Zij zal de werken van post 2.4. moeten uitvoeren overeenkomstig de door haar geboden eenheidsprijs voor deze post ook wanneer tijdens de uitvoering zou blijken dat de toeslag van post 2.8. alsnog niet steeds zou kunnen worden toegepast. De nv Sita Remediation kan in dat geval geen aanspraak maken op een herziening van haar eenheidsprijzen.

Er is ook geen sprake van een wijziging door de nv Sita Remediation van de voor post 2.8. in bestek vooropgestelde vermoedelijke hoeveelheden noch van een voorbehoud. In haar offerte (met bijhorende meetstaat) heeft zij de in het bestek genoemde vermoedelijke hoeveelheden gerespecteerd.

De vergelijkbaarheid van de offertes komt niet in het gedrang nu de nv Sita Remediation de vermoedelijke hoeveelheden niet heeft gewijzigd:

“Dat Sita ervan uitgaat dat bij de uitvoering van de opdracht de in het bestek gestelde vermoedelijke hoeveelheid voor post 2.8. wordt overtroffen, staat hier los van”.

Er is evenmin sprake van speculatie. Deze wordt geenszins bewezen door verzoekende partij, en de bewering dat de nv Sita Remediation voor post 2.8. een eenheidsprijs heeft geboden die ‘relatief hoog’ is en waarop de hele argumentatie inzake speculatie is gesteund, is feitelijk onjuist. Uit de offertes van de overige inschrijvers zal immers blijken dat de prijs van de nv Sita Remediation voor post 2.8 in de lijn van de andere offertes ligt: zij heeft voor post 2.8. geenszins de hoogste prijs geboden en de prijs van verzoekende partij voor post 2.8. verschilt slechts minimaal van deze van Sita. “Er kan niet ingezien worden hoe Sita heeft gespeculeerd en welk voordeel in de rangschikking het haar in deze zou bezorgd hebben”.

8. Tussenkomen de partij voert in wezen hetzelfde verweer als verwerende partij.

Inzake het eerste onderdeel benadrukt zij in de eerste plaats dat haar offerte geen afbreuk doet aan het bestek en de samenvattende meetstaat. Zij heeft immers de blijkens het bestek op grond van aannames in de meetstaat vermelde vermoedelijke hoeveelheden niet gewijzigd maar per prijscategorie (m.u.v. de prijscategorie D) een basisprijs en een toeslag opgegeven voor de door de OVAM geraamde vermoedelijke hoeveelheden. Het feit dat zij bij de bepaling van haar eenheidsprijzen rekening heeft gehouden met de verwachting dat zij geen grond zal moeten verwerken met slechts een beperkte slibfractie zodat de toeslag van de post 2.8 steeds van toepassing zal zijn, impliceert niet dat zij de door de OVAM opgegeven vermoedelijke hoeveelheden impliciet zou hebben gewijzigd. Zij heeft in haar offerte nooit enig voorbehoud gemaakt zoals bedoeld in artikel 110, §2, van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 en heeft eveneens voldaan aan de bepalingen van artikel 96, §1 en §2, van voornoemd koninklijk besluit: zij heeft de meetstaat volledig en onverkort ingevuld zonder verbetering aan te brengen van de erin opgenomen vermoedelijke hoeveelheden en zonder in de meetstaat forfaitaire prijzen op te nemen.

Vervolgens benadrukt tussenkomen de partij dat haar offerte geen afbreuk doet aan de gelijkheid tussen de inschrijvers en de vergelijkbaarheid van de offertes. Te dezen vertonen de posten 2.4 en 2.8 samenhang nu zij betrekking hebben op éénzelfde bodem/puinfractie namelijk prijscategorie C, die op grond van de in het bestek vermelde bovengrenswaarden in aanmerking komt voor fysio-chemische reiniging en OVAM heeft dan ook terecht om een prijsverantwoording voor beide posten verzocht. In haar schrijven van 4 maart 2013, dat zij citeert, heeft tussenkomen de partij naar eigen zeggen afdoende gemotiveerd waarom een clustering van de eenheidsprijzen voor de posten 2.4 en 2.8 gerechtvaardigd is, OVAM heeft die motivering overgenomen en verzoekende partij, die eveneens over deze kennis zou moeten beschikken, betwist noch ontkracht deze motivering en ontkent evenmin dat de posten 2.4 en 2.8 in een cluster kunnen worden samengenomen met het oog op het bepalen van de eenheidsprijzen voor beide posten.

In de mate dat verzoekende partij aanvoert dat de prijsverantwoording zou getuigen van speculatieve inzichten en de vergelijkbaarheid van de offertes in het gedrang zou brengen nu tussenkomende partij een abnormaal lage prijs zou hebben opgegeven voor de post 2.4 terwijl de eenheidsprijs voor de post 2.8 “relatief hoog” zou zijn, merkt tussenkomende partij op dat het de realiteit is dat de verwerking van een partij grond met welbepaalde bodemkenmerken relatief goedkoop is en duur wordt zodra er organisch materiaal in wordt aangetroffen, dat de basisprijs de som is van de positieve opbrengsten uit verkoop van zand en copro puin en lage beperkte kosten terwijl de toeslag de kosten van de afzet van het te storten residu omvat en dat in elk geval de loutere omstandigheid dat een inschrijver een lage eenheidsprijs heeft opgegeven voor de éne post en een hoge eenheidsprijs voor de andere post op zich niet volstaat om tot een abnormaal lage eenheidsprijs en speculatieve inzichten in hoofde van de inschrijver te besluiten. Zij is in haar offerte uitgegaan van de economische werkelijkheid en de concrete terreingesteldheid, heeft om die reden de prijsverantwoording voor de posten 2.4 en 2.8 samengenomen, heeft de samenstelling van haar prijs uitvoerig toegelicht in haar prijsverantwoording van 4 maart 2013 en 29 maart 2013, heeft de objectieve factoren aangewezen die steunen op uitzonderlijk gunstige omstandigheden waarvan zij kan profiteren voor de uitvoering van de opdracht en die haar inschrijvingsprijs rechtvaardigen, heeft op grond van deze objectieve factoren de prijs voor de posten 2.4 en 2.8 vastgesteld en vervolgens de prijs “uitgesplitst in een lagere basisprijs en een hogere toeslag”:

“De lagere basisprijs (post 2.4) weerspiegelt de volgende kostenelementen:

1. Lage variabele kosten (o.a. personeel, elektriciteit) ten gevolge van zeer performante installatie: het automatisch proces moet maar één maal worden opgestart
2. Lage vaste kosten: belastingen, verzekeringen (door de dubbele shift)
3. Lage vaste kosten doordat installatie volledig is afgeschreven
4. Positieve opbrengsten verbonden aan afzet zand en copro puin

Deze elementen werden door nv Sita Remediation uitvoerig besproken in haar prijsverantwoording.

Hoe groter de hoeveelheid grond waarover deze kosten verspreid kunnen worden, hoe lager dit bedrag.

De eenheidsprijs voor de toeslag (post 2.8) weerspiegelt de extra kosten die de aanwezigheid van fijne fractie en organisch stofgehalte veroorzaken. nv Sita Remediation vertrouwt erop dat het administratief dossier zal bevestigen dat de door haar vastgestelde toeslag marktconform is”.

Zelfs wanneer haar uitgangspunt dat de toeslag van de post 2.8 van toepassing zal zijn op de totale hoeveelheid grond van 4.240 ton, foutief blijkt en de vermoedelijke hoeveelheden zouden overeenstemmen met de effectieve hoeveelheden, kan tussenkomende partij naar eigen zeggen het risico van de lagere basisprijs voor post 2.4 dragen “gelet op de gunstige transportprijs, de doelmatigheid van het productieproces en de positieve opbrengst zoals omschreven in haar prijsverantwoording van 4 maart 2013 en 29 maart 2013”.

Er werd dus geen speculatieve prijs ingediend.

Aangezien verwerende partij enkel een prijsverantwoording heeft gevraagd voor de basisprijs voor de gronden in prijscategorie A en B (posten 2.2 en 2.3) en niet voor de toeslag (posten 2.6 en 2.7) aangezien deze blijkbaar niet als abnormaal of “relatief hoog” werden beschouwd door verwerende partij, is het ten slotte niet meer dan logisch dat door tussenkomende partij geen geclusterde prijsverantwoording voor die posten werd gegeven. In tegenstelling tot hetgeen verzoekende partij daaruit afleidt, toont dit daarom de beweerde speculatie bij posten 2.4 en 2.8 niet aan.

Beoordeling

9. Op grond van artikel 15 van de wet van 24 december 1993 ‘betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten’ dient bij een openbare aanbesteding de opdracht te worden toegewezen aan de inschrijver die de laagste regelmatige offerte indiende.

Artikel 96, § 2, van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 ‘betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken’ bepaalt:

“Art. 96. § 2. De inschrijver vult de leemten in de samenvattende opmetingsstaat aan en verbetert de vergissingen die hij in de forfaitaire hoeveelheden ontdekt, rekening houdend met de tekeningen, het bestek, zijn beroepskennis of persoonlijke bevindingen; hij voegt bij zijn offerte een nota ter verantwoording van de wijzigingen.

De inschrijver handelt op dezelfde wijze voor de verbetering van de vermoedelijke hoeveelheden waarvoor het bestek die verbetering toestaat

en de voorgestelde wijziging ten minste tien pct., in meer of in min, van de hoeveelheid van de betrokken post bereikt.

De aanbestedende overheid heeft het recht te beslissen:

1° dat, indien de vermoedelijke hoeveelheid aldus wordt verminderd, zij een forfaitaire hoeveelheid wordt voor de inschrijver die de vermindering heeft voorgesteld;

2° dat de eenheidsprijs aangegeven door de aannemer in de samenvattende opmetingsstaat voor een hoeveelheid die forfaitair is geworden, niet als grondslag geldt voor de verrekeningen ingevolge tijdens de uitvoering van de opdracht bevolen wijzigingen.

Die beslissingen worden aan de inschrijver die de vermindering heeft voorgesteld met de kennisgeving van de goedkeuring van zijn offerte medegedeeld”.

Voorts luidt artikel 110, §§ 2 tot 4, van hetzelfde koninklijk besluit onder meer als volgt:

“§ 2. Onverminderd de nietigheid van elke offerte wegens afwijking van de essentiële besteksbepalingen zoals deze opgesomd in artikel 89, kan de aanbestedende overheid offertes als onregelmatig en derhalve als onbestaande beschouwen, indien zij niet overeenstemmen met de bepalingen van deze titel, enig voorbehoud inhouden, of bestanddelen bevatten die niet met de werkelijkheid overeenstemmen.

§ 3. Vooraleer de aanbestedende overheid evenwel een offerte afwijst, wegens haar blijkbaar abnormaal hoge of abnormaal lage eenheidsprijzen of totale prijzen, verzoekt zij de betrokken inschrijver per aangetekende brief hierover de nodige schriftelijke verantwoordingen te verstrekken binnen een termijn van twaalf kalenderdagen, tenzij de uitnodiging een langere termijn toestaat.

Het is de inschrijver die het bewijs moet leveren van de verzending van die verantwoordingen.

Bij het onderzoek van de vermoedelijk abnormale prijzen kan de aanbestedende overheid met name rekening houden met verantwoordingen gesteund op:

1°de doelmatigheid van het bouwproces, van het productieproces van de producten of van de dienstverlening;

2°de gekozen technische oplossingen en/of uitzonderlijk gunstige omstandigheden waarvan de inschrijver bij de uitvoering van de werken, de levering van de producten of het verlenen van de diensten kan profiteren;

3°de originaliteit van de door de inschrijver aangeboden werken, producten of diensten;

4°de naleving van de bepalingen inzake arbeidsbescherming en arbeidsvoorwaarden die gelden op de plaats waar de opdracht wordt uitgevoerd;

5°de eventuele ontvangst van rechtmatig toegekende overheidssteun door de inschrijver.

[...]

§ 4. In het geval van een overheidsopdracht voor aanneming van werken, gegund bij openbare of beperkte aanbesteding en voor zover minstens vier offertes werden ingediend, wordt bovendien elke offerte waarvan het bedrag minstens vijftien pct. onder het gemiddelde bedrag van de door gegadigden ingediende offertes ligt beschouwd als een offerte waarvan het eventueel abnormale karakter van de prijs moet nagezien worden door de aanbestedende overheid.

Het in het eerste lid beschouwde gemiddelde wordt als volgt berekend:

1° indien het aantal offertes gelijk is aan of groter is dan zeven, met uitsluiting van de laagste offerte en – terzelfdertijd – onder de hoogste offertes van een deel dat een vierde van het geheel van de ingediende offertes vertegenwoordigt. Indien dit aantal niet deelbaar is door vier, wordt dat vierde deel naar de hogere eenheid afgerond;

2° indien het aantal offertes lager ligt dan zeven, met uitsluiting van de laagste en van de hoogste offerte.

Voor een offerte waarbij het eventueel abnormaal karakter van het bedrag dient nagezien te worden in de zin van deze paragraaf, moet de aanbestedende overheid:

1° ofwel in de beslissing om de opdracht toe te wijzen, de verwerping van het bezwaar tegen het schijnbaar abnormale bedrag van de offerte formeel motiveren;

2° ofwel de inschrijver verzoeken de nodige rechtvaardigingen, zoals voorzien in § 3, te bezorgen. Indien na onderzoek van deze rechtvaardigingen blijkt dat het bedrag van de offerte abnormaal is of bij gebrek aan rechtvaardigingen binnen de opgelegde termijn, moet de aanbestedende overheid, in afwijking van § 2, de offerte als onregelmatig beschouwen en bijgevolg als van rechtswege nietig”.

10. Partijen betwisten niet dat het hiervoor aangehaalde artikel 110, § 4, van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 te dezen van toepassing is, nu het gaat om een aanneming van werken die werd gegund bij openbare aanbesteding en waarbij meer dan vier offertes werden ingediend, noch wordt betwist dat het bedrag van de offerte van de gekozen inschrijver minstens 15% onder het gemiddelde bedrag van de andere ingediende offertes ligt. De aanbestedende overheid diende de offerte van de gekozen inschrijver aldus te beschouwen als een offerte waarvan het eventueel abnormale karakter van de prijs moet worden nagezien en waaromtrent zij een prijsonderzoek dient te voeren. Zij beschikt daaromtrent niet over een discretionaire bevoegdheid.

11. Verwerende partij heeft te dezen, na de intrekking van de eerste gunningsbeslissing, een nieuw prijsonderzoek gevoerd door aan de nv Sita Remediation, de inschrijver met de laagste offerte en waarvan de inschrijvingsprijs blijkbaar minstens 15% onder het gemiddelde bedrag van de andere ingediende inschrijvers ligt, een prijsverantwoording te vragen voor de totaalprijs en voor de posten 2.2, 2.3., 2.4, 2.5 en 2.8, heeft, na de eerste prijsverantwoording, een verduidelijking gevraagd van de prijsopbouw van posten 2.4 en 2.8, en post 2.5 en een verduidelijking van de totaalprijs, en heeft, na ontvangst van de gevraagde verduidelijking, geoordeeld dat elk vermoeden van abnormaliteit is weerlegd.

De aanbestedende overheid beschikt over een grote beoordelingsvrijheid om de gegeven prijsverantwoordingen al dan niet te aanvaarden. De Raad van State kan zich bij dergelijke beoordeling niet in de plaats stellen van het bestuur, maar hij mag desgevraagd wel nagaan of de betrokken motieven op grond waarvan de bestreden beslissing tot het besluit komt dat er geen sprake is van abnormale prijzen, in aanmerking mogen worden genomen hetgeen onder meer vereist dat die motieven naar behoren zijn bewezen, en dat ze op afdoende wijze het vermoeden van abnormaliteit van de prijzen kunnen weerleggen. De in artikel 110, § 3, opgesomde objectieve factoren, waarmee de aanbestedende overheid rekening mag houden bij haar prijsonderzoek, zijn voorts niet limitatief.

12. Het hier besproken middelonderdeel betreft de prijsverantwoording voor posten 2.4 en 2.8. Deze wordt in het gunningsverslag, waarop de bestreden beslissing steunt, als volgt beoordeeld:

“Aangaande post 2.4 en post 2.8: Sita Remediation nv geeft aan dat vanuit hun ervaring met uitgevoerde saneringen in de omgeving en de te verwerken gronden, het voorkomen van een beperkte slibfractie niet vaak verwacht wordt, waardoor de opgegeven prijsverantwoording gesteund is op de som van de posten 2.4 en 2.8 (verwerking + toeslag).

Daarnaast wordt een prijsopbouw verstrekt en worden de aspecten transport, behandeling van de gronden en de afzet van de reststromen opnieuw toegelicht.

De doelmatigheid van het reinigingsproces wordt toegelicht waarbij wordt gewezen op een aantal gunstige elementen die de ingeroepen

doelmatigheid inderdaad kunnen verantwoorden. Voor wat betreft de behandeling van de gronden wordt toegelicht dat het F/C reinigingsproces kan gebeuren op grond van zeer lage variabele kosten en slechts marginale vaste kosten. Tevens wordt de TOP-kost en de behandelingskost per ton opgegeven, dewelke allen door de OVAM kunnen worden aanvaard. Sita Remediation nv verduidelijkt dat er door het aangewende reinigingsproces reststromen worden gecreëerd met een positieve opbrengst. De op basis van aangevoerde gronden en uitgevoerde saneringen in de omgeving geraamde samenstelling van de te reinigen gronden, en de doelmatigheid van hun reinigingsproces, maakt de verhouding ‘te storten materiaal en restfracties met een positieve opbrengst’, zodanig dat het aandeel van het aspect verwerking en afzet laag is. De positieve opbrengst van enkele restfracties wordt aangetoond. De verdere toelichting voor de kostenfactor met betrekking tot de afzet van de reststromen en de stavingsstukken die dienaangaande worden voorgelegd, kunnen door de OVAM worden aanvaard.

De gunstige prijszetting wordt door Sita Remediation nv tevens verklaard door de nabijheid van de ligging van de verwerkingseenheid. De kostenfactor “transport” is hierdoor laag (zoals hierboven reeds toegelicht).

De bespreking van de verschillende kostenfactoren, de gunstige omstandigheden waarvan Sita Remediation nv kan gebruik maken, de doelmatigheid van het reinigingsproces en de gevoegde stavingsstukken verantwoorden de voor deze posten geboden prijzen. De OVAM is derhalve van oordeel dat Sita Remediation nv het vermoeden van het abnormaal karakter van de prijs voor de posten 2.4 en 2.8 heeft weerlegd”.

13. Verzoekende partij voert in dit onderdeel in essentie aan dat de rechtvaardiging om deze posten in de prijsverantwoording te “clusteren” -namelijk dat de nv Sita Remediation, vanuit haar ervaring met uitgevoerde saneringen in de omgeving en de te verwerken gronden, het voorkomen van een beperkte slibfractie niet vaak verwacht, waardoor de opgegeven prijsverantwoording gesteund is op de som van de posten 2.4 en 2.8 (verwerking + toeslag)- afbreuk doet aan de uitgangspunten van het bestek en de samenvattende meetstaat, de gelijkheid tussen de inschrijvers en de vergelijkbaarheid van de offertes in het gedrang brengt. Verzoekende partij betoogt voorts dat de prijszetting van de nv Sita Remediation is ingegeven door speculatieve inzichten, wat leidt tot de substantiële onregelmatigheid van haar offerte. Zij stelt ook, weliswaar enkel in de toelichting van het middel, dat deze prijsverantwoording aldus een voorbehoud veruitwendigt.

14. Post 2.4 van de meetstaat betreft de prijsopgave voor “Transport + verwerking + afzet reststromen van bodem/puin categorie C” en bevat volgens verzoekende partij in concreto het transport naar verwerkingscentrum, de tijdelijke opslag gronden, de behandelingskost, de verwijdering zandfractie, de verwijdering steenfractie en de verwerking “(storten) residu slibfractie (20%)”. Post 2.8 van de meetstaat “Toeslag verhoogde fijne fractie en organisch stofgehalte categorie C”, heeft volgens haar specifiek betrekking op een meerprijs voor die verwerking van bodem/puin categorie C, “meer bepaald wanneer blijkt dat de uitgegraven bodem die valt binnen categorie C een verhoogde fijne fractie of organisch stofgehalte vertoont” en omvat dan “ook (enkel) de kostprijs voor het verwerken (storten) van de residu slibfractie, wanneer deze meer dan 20% bedraagt”. Post 2.4 betreft volgens haar “ m.a.w. de basisprijs voor de verwerking van bodem categorie C; post 2.8 de meerprijs op deze basisprijs voor bodem categorie C, ter reiniging van de verhoogde aanwezige fijne fractie of organisch stofgehalte” en de meetstaat voorziet in een zelfde correlatie tussen posten 2.2 (basisprijs) en 2.6 (toeslag) voor de verwerking van bodem categorie A en posten 2.3 (basisprijs) en 2.7 (toeslag) voor de verwerking van bodem categorie B.

Artikel 2.4 van de technische bepalingen van het bestek licht dit onderscheid als volgt toe:

“Transport & Grondverwerking

In de meetstaat is een samenvatting gegeven van de vrijgekomen grondstromen. De volumes/hoeveelheden van de grondstromen zijn bepaald op grond van aannames. Tijdens de reële ontgraving kunnen deze volumes/hoeveelheden nog wijzigen.

In de prijzen per ton, is inbegrepen:

- het transport aangaande verwerking of storten van grond en puin én afzet van de reststromen;
- de verwerking of het storten van ontgraven materiaal;
- de afzet van het ontgraven materiaal en de reststromen die ontstaan zijn na verwerking.

De afvoer van materialen gebeurt selectief volgens bestemming en type verwerking.

[...]

Toeslag bij reiniging van uitgegraven bodem prijscategorieën A, B en C
Aangezien bij deze prijscategorieën (bovengrenswaarden komen ongeveer overeen met acceptatiegrenzen biologische (A en B) en fysico-chemische

reiniging (C)) de ‘fijne fractie’ (percentage fijne deeltjes $\leq 63 \mu\text{m}$) alsook het organisch stofgehalte een belangrijk element naar kostprijs van de reiniging is, wordt een toeslag voorzien op de reinigingsprijs voor verhoogde fijne fractie en organisch stofgehalte.

Voor de prijszetting gaan we voor prijscategorie A en B uit van een basisprijs met (fijne fractie + organisch stofgehalte) $\leq 50\%$.

Voor de prijszetting gaan we voor prijscategorie C uit van een basisprijs met (fijne fractie + organisch stofgehalte) $\leq 20\%$.

Indien de waarde (fijne fractie + organisch stofgehalte) groter is wordt een toeslag per ton toegekend volgens post 2.6, respectievelijk post 2.7 en post 2.8”.

Post 2.8 lijkt, zoals aangenomen door verzoekende partij en in feite, zo lijkt, niet betwist door verwerende partij of tussenkomende partij, een toeslag op de kost van post 2.4 in te houden indien de “fijne fractie en organisch stofgehalte” van de in die post 2.4 bedoelde “bodem/puin” van categorie C meer dan 20% bedraagt, en post 2.4 lijkt dan alle andere kosten te dekken.

In de meetstaat wordt bij post 2.4 een vermoedelijke hoeveelheid van 4.240 ton vermeld en bij post 2.8 een vermoedelijke hoeveelheid van 1.000 ton.

In het licht van het voorgaande lijkt dit in te houden dat verwerende partij in de meetstaat aanneemt dat van de 4.240 ton in post 2.4 1000 ton, dus ongeveer één vierde, meer dan 20% “fijne fractie + organisch stofgehalte bevat”.

15. In de huidige stand van het geding kan voorts worden vastgesteld dat aan tussenkomende partij een prijsverantwoording wordt gevraagd voor deze beide posten en dat haar prijsverantwoording gesteund is op de som van de posten nu “vanuit haar ervaring met uitgevoerde saneringen in de omgeving en de te verwerken gronden, het voorkomen van een beperkte slibfractie niet vaak voortkomt”.

In de huidige stand van het geding kan weliswaar vastgesteld worden dat verzoekende partij dit feitelijk uitgangspunt niet, minstens niet concreet, lijkt te betwisten, maar wel aanvoert dat dit afwijkt van het bestek en de

vermoedelijke hoeveelheden wijzigt, speculatief is en de vergelijkbaarheid van de offertes aantast. Aldus betwist zij, anders dan tussenkomende partij aanvoert, wel deze, door verwerende partij blijkbaar aangenomen, “clustering”.

Tevens kan met verzoekende partij worden vastgesteld dat de meetstaat uitgaat van vermoedelijke hoeveelheden voor bepaalde posten en dat artikel 1.7.1 van het bestek bepaalt dat deze niet gewijzigd mogen worden. In de prijsverantwoording gaat tussenkomende partij, zo lijkt, ervan uit dat de vermoedelijke hoeveelheid post 2.8 niet 1000 ton maar eveneens 4.240 ton zal bedragen en dus samenvallen met de vermoedelijke hoeveelheid van post 2.4. Alhoewel zij in de meetstaat bij haar offerte deze hoeveelheden zelf niet heeft gewijzigd, gaat zij aldus, zo lijkt, in haar verantwoording, uit van andere hoeveelheden.

Tevens wordt in de huidige stand van het geding vastgesteld dat zij de prijs die zij in haar verantwoording berekende voor beide posten samen, verdeelt over deze posten op die manier dat een zeer klein deel van die prijs wordt opgenomen bij post 2.4, dus de post met de vermoedelijke hoeveelheid 4.240 ton, en een zeer groot deel bij post 2.8, dus de post met de vermoedelijke hoeveelheid 1.000 ton.

Zelfs aangenomen dat de eenheidsprijs voor beide posten samen normaal zou zijn zoals verwerende partij heeft aanvaard, lijkt deze invulling van de meetstaat wel degelijk de vergelijkbaarheid van de offertes aan te tasten en speculatief aangezien deze wijze van invulling leidde tot een lagere samengevoegde prijs voor deze beide posten dan in de redenering van de gekozen inschrijver zelf vereist voor de uitvoering ervan en dus ook tot een lagere totaalprijs.

16. Verwerende partij leidt uit het arrest van de Raad van State, nr. 218.182 van 23 februari 2012, af dat er niets aan in de weg dat een inschrijver, na studie van het bestek en gelet op zijn kennis van het terrein ter plaatse, bij zijn prijsbieding een inschatting doet van de werkelijk uit te voeren hoeveelheden en hiermee rekening houdt bij de prijszetting.

Dit arrest leidt echter te dezen niet *prima facie* tot een andere conclusie over de wijze van invulling van de meetstaat voor posten 2.4 en 2.8 en de prijsverantwoording, alleen al omdat de feitelijke omstandigheden anders lijken. In die zaak ging het immers om de opgave, door een inschrijver, van een volgens haar verantwoording slechts symbolische eenheidsprijs, omdat zij op grond van de studie van het grondonderzoek van oordeel was dat een grondwaterverlaging niet nodig is, maar was verwerende partij in de eerste plaats van oordeel dat het belang van deze posten in de totale aanneming zeer gering is en bijgevolg niet van aard om de mededinging tussen de inschrijvers te vervalsen en dat de wering op grond van abnormale prijzen op deze grond kennelijk onevenredig zou zijn, terwijl te dezen blijkens het gunningsverslag de prijzen van de posten waarvoor een verantwoording werd gevraagd, waaronder posten 2.4 en 2.8, een “substantieel aandeel vertegenwoordigen van de opdracht” Voorts ging de inschrijver aldaar er in feite van uit dat de betrokken posten zonder voorwerp zouden zijn terwijl de gekozen inschrijver hier uitgaat van de uitvoering en in feite het samenvallen van posten 2.4 en 2.8. Evenmin blijkt in die zaak sprake van een gelijkaardige verdeling van de prijs berekend voor twee posten samen over deze twee posten zoals hier aan de orde.

17. In de mate dat verwerende partij voorts benadrukt dat de hele argumentatie van speculatie steunt op de bewering dat de eenheidsprijs van de gekozen inschrijver voor post 2.8 “relatief hoog” is maar dat dit laatste feitelijk onjuist is nu deze prijs niet de hoogste is, in lijn ligt van de offertes en slechts minimaal verschilt van deze van verzoekende partij zodat niet ingezien kan worden hoe de gekozen inschrijver speculeerde, lijkt dit evenmin het tegendeel aan te tonen. Verwerende partij gaat er aldus, zo lijkt, immers aan voorbij dat de speculatie ligt in de verdeling van de door tussenkomende partij zelf voor beide posten samen berekende eenheidsprijs tussen beide posten. Dit lijkt niet ongedaan gemaakt doordat de prijs voor post 2.8 inderdaad niet de hoogste is. Verwerende partij kwalificeerde die trouwens eerder zelf als relatief hoog en vroeg voor deze prijs in ieder geval een verantwoording. In feite is deze prijs de derde hoogste.

Aldus lijkt de ingeroepen speculatie, anders dan tussenkomende partij meent, ook niet enkel te steunen op het feit dat een lage eenheidsprijs werd opgegeven voor de ene post en een hoge eenheidsprijs voor de andere - waarbij zij

voorbij gaat aan het feit dat verwerende partij een verantwoording vroeg voor deze prijzen en deze dus niet louter laag en hoog beschouwde, maar lijkt te dezen de mogelijkheid van speculatie wel aangetoond.

In de mate dat verwerende partij nog tegenwerpt dat niet blijkt welk voordeel dit de gekozen inschrijver in de rangschikking zou bezorgen, kan worden opgemerkt dat deze wijze van verdeling van de voor beide posten samen berekende eenheidsprijs over posten 2.4 en 2.8 leidt tot een lagere totaalprijs dan deze waarvan de gekozen inschrijver in zijn verantwoording zelf uitgaat. Dit verschil lijkt te dezen weliswaar niet tot een wijziging in de rangschikking te leiden, maar dit lijkt verzoekende partij haar belang bij deze grief niet te ontnemen gelet op de impact op de vergelijkbaarheid en de prijsverantwoording.

18. Het argument van tussenkomen partij dat zij, zelfs indien haar uitgangspunt dat er steeds een toeslag vereist zal zijn onjuist blijkt, post 2.4 dan kan uitvoeren met de voor die post voorgestelde eenheidsprijs, leidt evenmin tot een andere conclusie. Verwerende partij lijkt, door voor deze prijs een verantwoording te vragen, de eenheidsprijs voor deze post op zich als abnormaal te hebben beschouwd en tussenkomen partij lijkt deze prijs ook niet op zich verantwoord te hebben maar samen met deze voor post 2.8 en verwerende partij lijkt deze prijzen ook alleen samen als normaal beschouwd te hebben. Tussenkomen partij kan dan ook niet, zonder zich tegen te spreken, thans in haar verzoekschrift tot tussenkomst voor de Raad van State aanvoeren dat deze prijs ook op zichzelf verantwoord is op grond van de gunstige transportprijs, de doelmatigheid van het productieproces en de positieve opbrengst zoals omschreven in haar prijsverantwoording.

19. Op grond van de offerte van verzoekende partij, die zij zelf niet als vertrouwelijk voorlegde, blijkt wel dat zij zelf geen prijs invulde voor post 2.7 (VH 14.000 ton). Dit is, zoals zij zelf erkent, de met post 2.8 vergelijkbare post ten aanzien van post 2.3 (VH 27.601 ton), hetgeen echter niet door de andere gedingpartijen wordt opgemerkt.

20. In de huidige stand van het geding lijkt de aanvaarding van de prijsverantwoording van tussenkomende partij voor deze posten 2.4 en 2.8 dan ook niet draagkrachtig en lijkt haar offerte voor deze posten speculatief. Aangezien verwerende partij zelf wijst op het substantieel karakter van deze posten, staat dan ook niet meer vast dat de betrokken offerte terecht regelmatig werd verklaard en dus ook niet dat gegund werd aan de laagste regelmatige inschrijver zoals vereist door artikel 15 van de wet van 24 december 1993.

De vraag of tussenkomende partij aldus ook een voorbehoud maakte, zoals trouwens enkel opgeworpen in de toelichting en niet in de samenvatting van het middel, dient in de huidige stand van het geding dan ook niet nader te worden onderzocht.

21. Het eerste onderdeel is dan ook in ieder geval in de aangegeven mate ernstig, hetgeen schorsing verantwoordt.

22. Er valt niet in te zien welke reden er zou zijn om ook de schorsing van de tenuitvoerlegging te bevelen van de impliciete beslissing de opdracht niet te gunnen aan verzoekende partij, meer bepaald welk bijkomend voordeel zulks verzoekende partij zou verschaffen.

BESLISSING

1. Het verzoek van de nv Sita Remediation tot tussenkomst in het administratief kort geding wordt ingewilligd.

2. De Raad van State beveelt de schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de beslissing van OVAM van 22 april 2013 om de opdracht voor aanneming van werken ‘Uitvoering bodemsaneringswerken Vilvordit-site, Schaarbeeklei 318, Vilvoorde’, met als referentienr. SII20703 te gunnen aan Sita Remediation nv.

3. De Raad van State verwerpt de vordering voor het overige.

4. De tussenkomende partij wordt verwezen in de kosten van de tussenkomst, begroot op 125 euro.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 5 juni 2013, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Dierk Verbiest,	kamervoorzitter,
bijgestaan door	
Frank Bontinck,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Frank Bontinck

Dierk Verbiest